IV.

Ueber Proceßkosten, mit besonderer Rücksicht auf Landesgesetze und sächsisches Recht.

Von Schweitzer.

Seitdem der treffliche Weber*) die Lehre von den Proceßkosten nach gemeinem Rechte einer scharfsichtigen Prüfung unterworfen und durch seine lichtvolle Ausführung dem Satze: »daß der überwundene Theil in bürgerlichen Rechtssachen die Proceßkosten zu erstatten habe,« als einer durchgreifenden, nur wenig Ausnahmen zulassenden Regel, sowohl in der Schule, als in nicht wenigen Gerichten, Eingang verschafft hat, sind Beleuchtungen dieses so wichtigen Gegenstandes nach den verschiedenen Gesetzgebungen Teutschlands doppelt nothwendig geworden. Führen diese Untersuchungen zu demselben Ergebniß, welches Weber vertheidigt: so gewinnt eine an sich stark begründete und zusammenhängende Lehre an praktischem Werthe; führen sie zu einem andern Resultat: so muß man das Gesetz gegen Beweise nach der Natur der Sache, und das einheimische Recht gegen das fremde in Schutz nehmen, selbst dann, wenn das vaterländische Recht, wie es so oft der Fall ist, aus einem Mißverstehen des fremden hervorgegangen seyn sollte. Aus diesem Grunde wird ein Blick auf Landesgesetze, und eine

*) In der bekannten Schrift über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation. Schwerin, Wismar und Bützow 1788. 5te Aufl. Hannover 1811.

nähere Beleuchtung der Proceßkosten nach sächsischen Gesetzen, hier um so weniger ganz unwillkommen seyn, je weniger frühere Arbeiten es überflüssig machen. Weber gedenkt in seiner Schrift, neben den preußischen und westphälischen Gesetzen, der sächsischen Vorschriften gar nicht. Unter denen, die nach ihm und gegen ihn über Proceßkosten geschrieben haben*), führt nur Emmerich im Vorbeigehn einige sächsische Proceßordnungen an. Biener und Pfotenhauer berühren in ihren Lehrbüchern die Sache, ohne sie weiter zu erörtern**), und weichen grade in den Hauptsätzen von einander ab. Was der Ueberschriebene an einem andern Orte***) darüber äußerte, ist ebenfalls nur Andeutung, nicht Ausführung.

Zunächst aber tritt auch hier

I.

die Haupt- und Grundfrage hervor: ob der Kostenersatz als Strafe des Besiegten, oder als Entschädigung des andern mitstreitenden Theiles, zu betrachten sey?« Dabei läßt sich nach fast allen, den Proceßkostenpunkt erwähnenden, ältern Landesgesetzen, und namentlich in den Landen sächsischen Rechts, auch nur das letztere vertheidigen. Die Gründe, welche Weber dafür aufgestellt und keiner seiner Gegner widerlegt hat****),

---

*) Hennemann, Emmrich, Schmidt, Borst; Gensler, letzter in dem Handb. zu Martin, B. I. Abh. VI.

**) Biener, syst. process. judic. §. 45. seq. tom. 1. ed. 2. Lips. 1806. p. 89. Pfotenhauer, doctr. prac. jud. §. 569. p. 90. suqq.

***) In dem Lehrbuch des sächsischen Processes, Abth. 1. Jena 1813. §. 37. S. 73.

****) Auch Gensler betrachtet die Erstattung der Unkosten lediglich als Schadensersatz, behauptet jedoch: »das Röm. Recht weiche hierunter von der Strenge des Aquilischen Gesetzes ab. Zwar sey es ein allgemeines durchgreifendes Princip: »der Besiegte trägt und erstattet die Proceßkosten; »allein diese für

verlieren bei uns nichts an Gewicht, indem sächsische Gesetze den Begriff der Strafe nicht geändert haben. Auch sagen mehrere sächsische Proceßordnungen*) gradehin: »daß die Verurtheilung in Erstattung der Proceßkosten vornehmlich darum geschehe, damit die gewinnende Partei der ausgelegten Kosten ziemliche Ergötzung haben, oder sich ihres erlittenen Schadens guten Theils wieder erfreuen möge. Der Umstand, daß in manchen Landes-Proceßgesetzen**) der Kostenersatz poena temere litigantium genannt wird, ist ohne Bedeutung. Jene Worte sind den Verfassern der Justinianeischen Institutionen nachgesprochen und dürfen durch Strafe im eigentlichen Sinne eben so wenig übersetzt werden, als der Ausdruck poena secundarum nuptiarum, wenn diesen unsere Gesetzgeber nach und mit den römischen Juristen irgendwo gebraucht haben sollten. Aber wie? der Richter soll, nach klarer Vorschrift mancher Proceßgesetze***) unaufgefordert zum Kostenersatz verurtheilen — liegt nicht hierin der Beweis, daß unsere Gesetzgeber den Kostenersatz als Strafe, und zwar als öffentliche Strafe, angesehen haben?

---

den Sieger immer streitende Regel leide dann einen Abfall, wenn aus der Beschaffenheit des verhandelten Rechtsstreites sich klar ergäbe, eine temeritas, d. h. culpa lata, lasse sich dem Besiegten nicht aufbürden. Das Besiegtwerden begründe praesumtionem temeritatis.«

*) Ordnung des Jenaischen Hofgerichts, P. III. cap. 27. Schwarzburg. Proc. Ordnung, P. III. tit. V. §. 3. So nennt auch z. B. die Henneberg. Landesord. die Proceßkosten schlechthin Schaden. Was übrigens hier in speciellem Bezug auf sächsische Gesetze ausgeführt wird, ist dem Princip nach auf alle Landesgesetze anwendbar, welche dieselbe Sprache führen.

**) Consist. Elector. Aug. P. 1. 81. Schwarzburg. Proc. Ordnung a. a. O.

***) Z. B. Schwarzburg. Proc. Ordnung a. a. O. §. 2. Altenburg. Proc. Ordnung P. 1. cap. XL. §. 1. Neue Erth. Proc. Ord. P. 1. cap. XL. §. 1.

Keineswegs! In der Regel ist, so wie nach gemeinen teutschen Proceßrecht, auch nach den Grundsätzen des Landes- und sächsischen Processes, sobald über Mein und Dein gestritten wird, die Thätigkeit des Richters beschränckt durch die Willkühr der seine Hülfe anfordernden Parteien; selbst bei dem Endurtheil in bürgerlichen Rechtssachen ist der Richter gebunden an seine Acten und an die rechtlichen Anträge, welche in dessen Acten geschehen sind*). Allein die Regel kann Ausnahmen leiden; sie leidet auch wirklich Ausnahmen nach bestehenden Gesetzen, und nicht alles, was der Richter unaufgefordert, von Amtswegen, zuerkennt, ist Strafe. In Gemäßheit der l. 25. §. 8. D. de adelit. edict. hat der Richter auch auf Früchte, die während des Processes widerrechtlich gezogen worden, und auf Zinsen, welche während des Processes aufgelaufen sind, von Amtswegen Rücksicht zu nehmen. Wer aber wird aus diesem Grunde den zuerkannten Ersatz der Früchte, die zuerkannte Bezahlung der Zinsen, für eine Strafe aussprechen wollen?

Alle Fragen übrigens, deren Beantwortung zunächst und allein von der aufgestellten Vorfrage abhängt: ob die Erstattung der Proceßkosten als Strafe oder als Schadenersatz zu betrachten sey? z. B. sind die Erben zur Erstattung der Proceßkosten verpflichtet, die ihr Erblasser verursacht hat? ist bei Erstattung der Proceßkosten auf alle aufgewandte Kosten, oder nur auf diejenigen Rücksicht zu nehmen, welche, der Ordnung nach, aufgewandt werden mußten (inpensa necessaria, quae consueto more circa lites expenduntur)? darf in solchen Fällen das bekannte Qui non habet in aere luat in corpore zur Anwendung kommen? sind in den sächsischen Gerichten und in allen teutschen Ländern, wo die Landesgesetze nicht klar abweichen, eben so zu entscheiden, wie sie Weber nach der Natur der Sache und dem gemeinen Recht entschieden wissen will.

---

*) Vorzüglich der sächsische Proceß ist auf die Verhandlungsmaxime gegründet; der Richter darf in der Regel nicht mehr zu- oder aberkennen, als der Sieger gefordert hat.

II.

Die ausdrücklichen Bestimmungen des gemeinen Rechts, daß man dem Gegner die Proceßkosten erstatten soll, wenn man sie entweder durch Nichtbefolgung gerichtlicher Befehle, — Decrete, Citationen u. s. w. — oder durch vergebliche Auftritte und Handlungen vor Gericht, herbeigeführt hat*), finden sich wiederholt in unsern Proceßgesetzen**). Dabei kann der von Weber***) zwar scharfsinnig, aber nicht überzeugend, gelößte Zweifel, ob nicht wenigstens die sogenannten Ungehorsamskosten des Processes****) als Strafe zu betrachten seyen? nicht erhoben werden, weil der sächsische Proceß die Vorschriften des Hülfs- und gemeinen Rechts über den Ungehorsam des Klägers vor der Kriegsbefestigung eben so wenig aufgenommen hat, als die Vorschrift der Reichsgesetze, daß, wenn der Beklagte, zur Antwort auf die Klage peremtorisch aufgefordert, ungehorsam ist, der Grund der Klage für geläugnet (lis pro negative contestata) gehalten und die Sache von des Klägers Seite in rechtlicher Ordnung fortgesetzt werden soll. Ist der Kläger fortwährend ungehorsam: so wird der Beklagte von den geschehenen Angriffe losgesprochen; ist es der Beklagte nach einer vorausgegangenen peremtorischen Ladung: so wird der Grund der Klage für eingeräumt (lis pro affirmative contestata) angenommen, und der Beklagte (als confessus et convictus) ohne weiteres verurtheilt. Der Umstand, daß in einem solchen

---

*) Gensler, a. a. O. S. 300. f. u. Not. 220.

**) Alte sächs. Proc. Ordnung v. J. 1622. tit: XXXV, §. 4. Alte Gothaische Proc. Ordnung P. II. tit, XXII. §. 7. Neue Gothaische Proc. Ordnung, P. I. tit. XXVI. §. 13.

***) a. a. O. S. 26.

****) Besonders die, welche der Sieger übernehmen muß. Glück, Erläuterung der Pandecten, §. 255. Th. III. S. 449. Gensler, a. a. O. S. 409. u. N. 289.

Falle der Ungehorsame dennoch Sieger in demselben Rechtsstreite werden könnte, läßt sich nach dem Gange des sächsischen Processes nicht denken.

III.

Aber die Frage bedarf einer weitläuftigern Erörterung: was ist am Ende eines Processes Rechtens in Ansehung derjenigen Kosten, welche weder als Contumacialkosten, noch als Kosten des verzögerten Processes angesehen werden können? Die Weberische Lehre ist bekannt und hat den Hauptgesichtspunkt: 1) der Regel nach soll der verlierende Theil die Proceßkosten erstatten; 2) diese Regel leidet zwar Ausnahmen, aber eine Ausnahme ist noch nicht dadurch begründet, daß dem verlierenden Theile weder böser Vorsatz, noch grobe Schuld (supina negligentia) zur Last fällt; 3) nur ein gänzlich schuldloser Irrthum befreit von der Verbindlichkeit, den Gegner in Ansehung der Proceßkosten zu entschädigen.

Diese Lehre stützt sich, in Ermangelung ganz bestimmter Verordnungen, auf die Grundsätze vom Schadensersatze überhaupt, auf das in dem römischen Rechte durchgeführte Princip: »außer den Contractsverhältnissen ist jeder unbedingt zur Entschädigung verhaftet, wenn er die unmittelbare Ursache der Beschädigung gewesen ist.« Aber nicht alle Gesetzgebungen müssen diesen Satz in derselben Ausdehnung aufgenommen haben. Der Gesetzgeber kann die Verbindlichkeit zur Entschädigung entweder im allgemeinen, oder, wie durch das römische Recht selbst geschehen ist *), ausnahmsweise in einzelnen Fällen an Arglist und grobe Schuld knüpfen; und hat der Gesetzgeber dieses gethan, so bleibt dem Richter, welcher nach dem Gesetze zu sprechen hat, nichts andres übrig, als das Gesetz wie es vorliegt, zur Anwendung zu bringen. Es läßt sich eben so wenig rechtfertigen, wenn der Richter, aus Gründen einer

*) Gensler, a. a. O. S. 269 ff. und die dort angez. Gesetze.

vermeintlichen Gerechtigkeit, härter, als wenn er, aus Gründen einer vermeintlichen Billigkeit, milder ist, als das Gesetz*). Dies vorausgeschickt, glaube ich, nach den sächsischen Proceßgesetzen allerdings die Regel aufstellen zu müssen: der sachfällige Theil ist als solcher gar nicht, sondern ist nur dann in die Proceßkosten zu verurtheilen, wenn aus den Acten erhellt, daß er wissentlich eine ungerechte Sache durchzusetzen gesucht, oder sich eines solchen Grades der Nachlässigkeit schuldig gemacht habe, welcher in der Lehre vom Schadensersatz überhaupt dem bösen Willen gleichgeachtet wird (calpa lata, supina negligentia).

Der würdige Biener hat, was den sächsischen Proceß anlangt, und abgesehen davon, daß er die Ansicht des Kostenersatzes als einer Strafe zu der seinigen macht, wohl recht, wenn er die Kostenvergleichung als Regel, die Verurtheilung in die Kosten als Ausnahme behandelt; dagegen ist es irrig, wenn Pfotenhauer auch in Bezug auf den sächsischen Proceß lehrt: non solum dolus sed etiam quaevis culpa in defendenda causa, quae postea injusta deprehenditur, admissa expensarum restitutioni locum facit.

Ich stütze mich bei diesen Behauptungen auf Gesetze, welche zum Theil die aufgestellte Regel durch allgemeine Verordnungen rechtfertigen, zum Theil solche besondere Ursachen der Kostenvergleichung angeben, die nur aus jener Regel sich vertheidigen und darum mit Grund auf die Regel selbst zurückschließen lassen. Heißt es z. B. in einem Gesetze: »derjenige soll, wiewohl er am Ende in der Hauptsache unterliegt, vom Kostenersatze frei bleiben, welcher die Meinung einiger angesehenen Rechtslehrer für sich gehabt, oder einen tüchtigen Zeugen nam-

---

*) Nov. 92. Cap. 10. L. 12. §. 1. Dig. qui et a quibus manumissi rel. Auch in Civilsachen muß die Regel dem Richter vorschweben: perspiciendum est judicanti, ne quid aut durius, aut remissius, constituatur, quam lex deposcit,

haft gemacht, oder seinen Beweis sonst bis zu ienem gesetzlichen Eide für den Gegner hergestellt, oder nach angetragenem Haupteide durch Leistung des Eides für Gefährde den Verdacht der Calumnie von sich abgewandt hat:« so bleibt, wenn man den Gesetzgeber nicht der regellosesten Willkühr zeihen will, nichts anders übrig, als anzunehmen, daß überhaupt nur böser Vorsatz, oder eine dem bösen Vorsatze gleich zu achtende Schuld, die Verurtheilung in die Proceßkosten rechtfertigen solle. Das Aufsteigen von dem Besondern zu dem Allgemeinen, die Bildung einer Regel nach der Weise, welche die römischen Juristen so oft beobachtet haben, ut ex jure, quod est, regula fiat, würde bei einem solchen Gesetze selbst dann erlaubt seyn, wenn der Gesetzgeber nicht so, wie in den meisten sächsischen Proceßordnungen wirklich geschehen ist, durch allgemeinere Zusätze, z. B. durch die Schlußworte: »in allen solchen Fällen sollen die Kosten gegen einander aufgehoben werden,« darauf hingewiesen hätte.

Wenden wir uns zu den einzelnen sächsischen Proceßgesetzen, es nicht übersehend, daß die verschiedenen sächsischen Gesetzgebungen in genauem Zusammenhange und durch diesen Zusammenhang, wo es auf Interpretation der Gesetze ankommt, in Wechselwirkung zu einander stehen.

1.

In der königl. sächsischen Procesordnung v. J. 1622. heißt es tit. XXXVI. §. 1. »So wollen wir, daß, so oft befunden wird, daß ein oder das andere Theil seines Vornehmens nicht erhebliche Ursachen gehabt, man dasselbe auf des Gegenparts Bitt und Begehren in die Expens vertheilen und die nicht leichtlichen compensiren sollen.« Das Gesetz knüpft die Verurtheilung in den Kostenersatz nicht unbedingt, sondern nur dann an den Verlust der Hauptsache, wenn der unterliegende Theil seines Vornehmens nicht erhebliche Ursache gehabt hat. Unter erheblichen Ursachen des Vornehmers, d. h. des Streiters probabilibus litigandi causis, wie

Griebner*) erläuternd hinzufügt, sind nicht nur solche, welche den diligentissimum, sondern auch solche zu verstehen, welche den diligentem patrem familias zur Einleitung oder Fortsetzung eines Rechtsstreites veranlassen können. Sowohl die spätern sächsischen Proceßordnungen beurkunden dieses**), als die Schriften vieler ältern sächsischen Practiker, welche hier gewiß um so mehr Berücksichtigung verdienen, je weniger es wahrscheinlich ist, daß sich der Verfasser des Gesetzes von dem gemeinen juristischen Sprachgebrauche seiner Zeit entfernt habe. Auch wende man nicht ein, die Prozeßordnung sagt gradehin: «die Kosten sollen nicht leichtlich compensirt werden,« sie stehe folglich meiner Meinung entgegen, anstatt sie zu rechtfertigen. In der aufgehobenen Stelle bezieht sich der letzte Satz auf den unmittelbar vorhergehenden Satz; er mißbilligt die Kostenvergleichung nur in solchen Fällen, in welchen der unterliegende Theil erhebliche Ursachen seines Vornehmens nicht gehabt hat

2.

Bestätigt und erläutert ist das ältere Gesetz in der königl. sächsischen Proceßordnung v. J. 1724 ad tit. XXXVI. §. 5. Bestätigt in dem Eingange: »Endlich ist zwar in Unserer Gerichtsordnung bereits versehen, daß die Expensen nicht leichtlich compensirt werden sollen. Dieweil wir aber bis anhero mißfällig verspühret, daß deme zuwider zum öftern auf die Compensationes erkannt werde: so wollen wir diese Verordnung hiermit nochmals — ernstlich wiederholt haben.« Erläutert am Ende der Paragraphe: »Und ebenso in denen Fällen, da in der Hauptsache der Eid deferiret und geleistet, oder auch

*) Discurs zur Erläuterung der churfürstl. sächsischen alten und verbesserten Proceßordnung, 2te Aufl. Leipz. 1780. S. 320.

**) Erl. sächs. Proc. Ordnung ad tit. XXXVI. §. 5. Alte goth. Proc. Ordn. P. I. cap. 22, §. 2. Schwarzburg. Proc. Ordn. P. III. tit. V. §. 2 f. unten nr. 2. 4. u. 5.

von denen Partheien das Suppletorium und nach Befinden das Purgatorium abgeschworen worden, die Kosten ordentlicher Weise zu compensiren, so soll doch hingegen solches auf den Fall, da die Eidesdelation nicht über die ganze Klage, noch über die Hauptexception, sondern nur über einen oden den andern Punct, oder Articul geschehen, keineswegs extendirt werden.« Indem sich der Gesetzgeber dort auf das frühere Gesetz ausdrücklich bezieht, wiederhohlt er die Vorschrift, daß nur derjenige in die Kosten verurtheilt werden soll, welcher ohne alle erhebliche Ursachen gestritten hat. Indem er hier einige Ursachen nennt, wenn ordentlicher Weise, d. h. nach der Ordnung, oder, wasdasselbe ist, nach der Regel, für erheblich angesehen werden sollen, erklärt er den Ausdruck, welcher in dem früheren Gesetze Zweifel übrig lassen konnte, und weißt auf eine allgemeine Regel hin. Man muß von den angegebenen Fällen auf die nicht angegebenen schließen und Kostenvergleichung überall erkennen, wo der unterliegende Theil eben so erhebliche Ursachen des Streitens (prabahilem litigandi causam) gehabt hat, als derjenige, welcher durch einen geleisteten, von ihm angetragenen Haupteid, oder durch einen gesetzlichen Eid, den Proceß verliert*). Griebner, welchem bei Erklärung der erläuterten sächsischen Proceßordnung nicht weniger Ansehen beizumessen ist, als dem Paraphrasten Theophilus bei Erklärung der Justinianeischen Institutionen, stimmt hiermit überein**), auch erhält meine Behauptung durch die Geschichte eines spätern sächsischen Gesetzes und durch dieses Gesetz selbst volle Bestätigung. In dem Entwurfe, welche zu dem im Jahre 1753 wirklich ergangenen Mandate vom Verfahren in gering-

*) Wegen gleicher Gründe. Hier wird also das bekannte: non possunt omnes articuli singillatim legibus comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet, (l. 12. D. de legib.) nicht gemißbraucht.

**) a. a. O. S. 317.

fügigen Rechtssachen, vermittelst Decrets vom 9. Juli 1749, den Landständen des Kurfürstenthums Sachsen mitgetheilt wurde, war man von dem Gedanken ausgegangen, daß in geringfügigen Rechtssachen der sachfällige Theil allemal und ohne Unterschied die Kosten tragen solle. Denn es hieß darin: „Und ist der succumbirende Theil in die Unkosten ohne Unterschied, es wäre die Sache durch den Eid, oder auf vorhergegangene andere media probandi definitive abgethan, mithin in causis minutis auf compensationem expensarum weiter keineswegs zu erkennen.“ Allein die Stände erinnerten dagegen: „Nachdem aber die Erstattung der Unkosten poena temere litigantium ist, und derjenige, so den Eid vor Gefährde leistet, dadurch temeritatem litiganti ablehnt: so wäre wohl zu hart, wenn der succumbirende Theil die Unkosten restituiren müßte; daher man des zuversichtlichen Vertrauens lebt, daß es diesfalls auch in causis minutis bei dem bis anhero üblichen Gerichtsbrauche und wie beim 35sten Titel der Proceßordnung ausdrücklich disponiret, noch ferner verbleiben werde.« Auf diese Erinnerung blieb jene Stelle in dem Gesetze hinweg; es wurde anstatt derselben, folgendes aufgenommen: »Und sind die Kosten entweder von Klägern und Beklagten pro rata, oder von dem succumbirenden Theile allein einzubringen« *). Was ist hier auf der einen Seite klarer, als daß der Gesetzgeber den Einwand der Stände, Kostenersatz sey, an sich und der Proceßordnung nach, als Folge der temeritatis litigandi zu betrachten, für gegründet angesehen hat? und was ist auf der andern

---

*) Haubolds Anleitung zur Behandlung geringfügiger Rechtssachen. Leipz. 1807. S. 104. — Die neueren aus dem königl. sächsischen Mandate von 1753 größtentheils entnommenen sächsischen Gesetze über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen, die Schwarzburg. Sondershausische Verordnung v. J. 1787, die Schwarzburg. Rudolstädter Verordnung v. J. 1815, und die Sachsen-Weimar. Eisenach'sche Verordnung v. J. 1817, übergehen die Frage wegen der Verbindlichkeit zum Kostenersatz ganz mit Stillschweigen.

Seite gewisser, als daß unter dem Ausdrucke »temeritas litigandi« nicht das Unternehmen eines vergeblichen Rechtsstreites, sondern bösliche Streitsucht verstanden worden ist? Nur den Verdacht der temeritatis litigandi in diesem Sinne, den Verdacht des bösen Willens, der Calumnie, des doli, kann man durch die Leistung eines Gefährdeeides von sich ablehnen *)

3.

Auch die fürstlich sächsische gemeine Hofgerichtsordnung v. J. 1653. rechtfertigt die aufgestellte Regel, da sie nur gegen zanksüchtige Leute in solchen Protessen Kostenersatz erkannt wissen will, in welchen zur Ungebühr und muthwilliger Weise gestritten worden ist. »Belangende« heißt es P. 1. cap. 7. »die Gerichts- und andere Kosten, wenn zu verspüren, daß ein oder das andere Theil keine rechtmäßige Ursache, warum er bei dem Hofgerichte geklagt, vorzuwenden gehabt; so soll hinführo dasselbe in die Kosten verurtheilt werden — damit das obsiegende Theil eine billige Erstattung seiner aufgewandten Kosten erlangen, das überwundene aber, seines zur Ungebühr und muthwilliger Weise getriebenen Processes, andern dergleichen zanksüchtigen Leuten zum Abscheu, mit Ernst angesehen werden möge.« Nur derjenige verdient das Beiwort eines Zanksüchtigen, welcher absichtlich faule Processe anspinnt, nur von demjenigen, welchem bei dem Anfange oder bei der Fortsetzung eines Processes böser Wille, oder grobe Schuld — dolus oder culpa lata — zur Last fällt, kann man mit Recht sagen, daß er zur Ungebühr und muthwilliger

---

*) Weber, a. a. O. S. 119. Gensler, a. a. O. S. 336. und 341 behauptet den Satz: nach Römischem Recht ist der Abschwur des Gefährdeeides, oder eines Schiedeseides, kein Grund, von der Regel abzuweichen: »Der Besiegte trägt und erstattet die Unkosten.« Sey aber dieses auch richtig, so muß doch das Hülfsrecht dem Landesgesetz nachstehen. Dessen Wille ist von dem Landesgericht zu befolgen.

Weise gestritten habe. Ein geringerer Grad von Schuld entspricht der Ungebühr und dem Muthwillen nicht. Ich bemerke übrigens, daß die Hofgerichtsordnung mit Auflösung des Gerichts selbst im Jahre 1817 ihre unmittelbare Anwendbarkeit zwar verloren hat, daß sie aber für die Erklärung der ältern sächsischen Proceßgesetze und für das Auffinden des Proceßrechts aus diesen Gesetzen um so wichtiger bleibt, je unverkennbarer das Streben der sächsischen Gesetzgeber auf Erhaltung der Einheit des Rechts in den sächsischen Landen gerichtet ist, besonders das Streben der früheren sächsischen Gesetzgeber, denen der Gedanke einer Familienregierung in den Landen der beiden sächsischen Linien, aus noch nicht *) veralteten Staatsverträgen immer vorschwebte.

4.

Wo möglich noch deutlicher ist die alte gothaische Proceßordnung v. Jahr 1670. P. 1. cap. 22. §. 2. in den Worten: »So ordnen Wir hiermit, daß derjenige, so condemniret wird und justam litigandi causam, oder erhebliche Ursachen seines Rechtfertigens nicht gehabt, sondern ohne Grund jemand in Klage genommen, in die Unkosten verurtheilt werde. Hingegen wenn einer condemnirt würde, und doch justam litigandi causam gehabt hätte, sollen die Gerichtskosten gegen einander aufgehoben und compensiret werden: als zum Exempel wenn er in seiner Sache einen guten Zeugen producirct, oder zweier, oder auch eines vornehmen Doctoris Meinung vor sich gehabt, oder weil der Kläger in supplementum geschworen und er daher sachfällig geworden wäre, oder in der

---

*) Vrgl. Naumburger Vertrag v. J. 1554 verb. »da auch« Theilungs-Receß über das Fürstenthum Jena, v. J. 1691: »zum Andern wollen Wir Uns, so viel nur immer der Zustand und Wohlfahrt der Lande es leiden will, einerlei Geist- und Weltliche-Ordnungen im Consistorial-Kirchen- und Schulen-, Policei- und Justitiensachen gebrauchen.«

erster Instanz ein Urtheil vor sich erhalten, aber in der Läuterung, oder Appellationsinstanz verlohren hätte. Ingleichen wenn einer Beweis geführt, so durch den Gegenbeweis elidirt worden, dann ferner, wenn man auf Befehl seiner Obrigkeit agiret oder sich auf Zeugen verlassen, so extra judicium der Wahrheit Wissenschaft angegeben, dieselbe aber in der Production nicht ausgesaget. — So ist auch derjenige nicht in die Unkosten zu condemniren, so ein feiner ehrbarer und ehrlicher Mann ist, es wäre denn, daß sein Vorsatz, zu litigiren, offenbar wäre. Der Kläger auch, so seinem Gegentheil das Jurament deferiret und den Eid vor Gefährde abgelegt, ob er gleich mit seiner Klage nichts erhält, soll mit den Unkosten verschonet werden.« Dieses Gesetz gilt bekanntlich noch jetzt in den Herzogthümern Sachsen-Koburg, Sachsen-Meinungen und Sachsen-Hildburghausen. Aber erst neuester Zeit haben mir mehrere, in jene Lande ergangene Urtheile den Beweis gegeben, daß man hier und da von der W e b e r i s c h e n Lehre hingerissen die Verordnungen der L a n d e s g e s e t z e aus den Augen läßt.

4.

Auch die Schwarzburgische Proceßordnung v. J. 1704. — ein Gesetz, das den Uebergang von den älteren zu den neueren sächsischen Proceßgesetzen macht — enthält folgende Bestimmung: »Es soll die Ersetzung derer Unkosten regulariter demjenigen aufgelegt werden, welchem die Sache aberkannt und der da keine erhebliche Ursache zu litigiren gehabt. Hingegen aber wäre dasselbe Theil, so sachfällig worden, jedoch justam litigandi causam gehabt, mit Ersetzung derer Unkosten zu verschonen und solche gegen einander zu compensiren, sonderlich, wenn das succumbirende Theil einiger vornehmen Rechtsgelehrten Opinion vor sich, oder einen tüchtigen Zeugen producirет, oder Kläger zur Erhaltung der Sache das juramentum in supplementum abgeschworen hätte rc. I n a l l e n s o l c h e n F ä l l e n sollen die Unkosten gegen einander aufgehoben werden« Wäre U l p i a n in Fr. 79. D. de judic. eben so deutlich ge-

wesen, hätte er sein »temere in judicium vocare« eben so sorgfältig erläutert, als unser Gesetzgeber sein »ohne erhebliche Ursachen litigiren,« man würde kein Bedenken tragen, die ganze Weber-Hennemannische Fehde für ein temerarium litigium zu erklären.

6.

Nur um der Vollständigkeit willen habe ich noch zwei Gesetze anzuführen, welche nicht weniger sprechend sind *). Die Altenburgische Prozeßordnung v. J. 1744. P. 1. cap. XL. §. 1 u. 2. verordnet: »Es soll hinführo derjenige, so unterlieget und erhebliche Ursachen seines Streites nicht gehabt hat — in die Unkosten verurtheilt werden. Hergegen, wenn einer zwar die Rechtssache verlöre und doch rechtmäßige Ursachen, solche zu führen, gehabt hätte, sollen die Gerichtskosten gegen einander aufgehoben werden, als zum Exempel, wenn er in seiner Sache einen unverwerflichen Zeugen hervorgebracht, oder eines vornehmen Rechtslehrers Meinung vor sich gehabt, oder der Gegentheil in supplementum geschworen, und er dahero sachfällig worden wäre, oder in der ersten Instanz ein Urthel vor sich erhalten, in der Läuterungs- und Apellations-Instanz aber verloren hätte; ingleichen wenn einer Beweis geführt, so durch den Gegenbeweis elidiret worden; dann ferner, wenn man auf Befehl seiner Obrigkeit agiret, oder sich auf Zeugen verlassen, so vorher außergerichtlich der Wahrheit Wissenschaft vorgegeben, nachher aber bei dem gerichtlichen Verhör dergleichen nicht, oder das Gegentheil ausgesaget, oder sie wären Zeit währenden Streits gestorben; ebenermaaßen, wenn einer ein Document bona fide vor sich produciret, wider welches die Zahlung oder acceptilation dargethan werden; auch soll Kläger, so seinem Gegentheil den Eid deferiret und vor Gefährde geschworen, mit denen

*) Die Eisenach'sche Proceß-Ordnung v. J. 1762 enthält keine Bestimmung über die Proceßkosten.

Kosten verschonet werden. — In der neuen gothaischen Proceßordnung v. J. 1776 P. 1. cap. XL. §. 1 u. 2. heißt es: «Nachdem das Processiren unter andern Ursachen auch daher sehr gemein zu werden pflegt, weil zanksüchtige Parteien, wenn sie den Proceß verloren haben, nicht allezeit nach Verdienst in die Unkosten verurtheilt werden: so soll hinführo derjenige, so unterlieget und erhebliche Ursachen seines Streitens nicht gehabt hat — in die Unkosten verurtheilt werden. Woferne aber derjenige, welcher die Rechtssache verloren, rechtmäßige Ursachen solche zu führen, gehabt hätte · so sollen die Proceßkosten gegen einander aufgehoben werden, als zum Exempel, wenn jemand in der Sache einen unverwerflichen Zeugen vorgebracht, oder der Gegentheil in supplementum geschworen, oder wenn einer in der ersten Instanz eine Senteuz vor sich erhalten, in der Läuterungs- und Appellationsinstanz aber verloren, ingleichen wenn jemand den Grund seiner Klage zwar beweisen, solcher Beweis aber nachher durch den Gegenbeweis elidirt worden, dann ferner, wenn einer ein Document bona fide producirет, wider solches aber hernach die Zusage, oder Befriedigung dargethan worden u. dgl. Hiernächst soll auch derjenige, welcher seinem Gegentheil über die Hauptsache deferiret und den Eid vor Gefährde abgelegt hat, ob er gleich sachfällig worden, dennoch mit Erstattung der Unkosten verschonet werden.« —

So das sächsische Recht, wie es dermalen geschrieben ist. Aber soll es so bleiben? Ist nicht zu wünschen, daß die Weberische Lehre, als das Vernünftigere, auch von unseren Gesetzgebern anerkannt*), in ihrer ganzen Strenge sanctionirt werde? Mit voller Ueberzeugung würde ich auf einen solchen Gesetzesvorschlag mein Uti rogas abgeben, stände es um unser bürgerliches Recht überhaupt anders, als es steht — hät-

*) Großen Theils, jedoch mit mildernden Ausnahmen, geschahe es in der Gerichtsordnung der freien Hansestadt Bremen, v. J. 1814. Tit. 33. S. 168.

ten wir ein Gesetzbuch, welches, wenn auch nicht der Laie, doch wenigstens ein wissenschatflicher Geist, in seinem ganzen Umfange als klar und consequent aufzufassen vermögte! Aber jetzt? — Denken wir uns das Corpus juris civilis, einen Haufen bunt durch einander liegender Fragmente, vernünftiger und, wenigstens für unsere Verfassung, unvernünftiger Bestimmungen, verstümmelter Ueberbleibsel aus einer Zeit, die nicht mehr ist; denken wir uns Legionen bärtiger und unbärtiger Juristen, versehen mit Brillen und Loupen, Hacken und Spaten, Hammer und Kelle, seit Jahrhunderten mühsam sich zerarbeitend an dem Aufwühlen und Ordnen des Haufens, in ewigem Kampfe unter einander; denken wir uns daneben das Corpus juris canonici mit allen Zeichen eines Dinges, das niemand mag; denken wir uns mitten inne die Libros feudorum und neben diesem Wuste, außer den ehemaligen Reichsgesetzen, Berge von Landesgesetzen, wie solche für Teutsche unter den nicht teutschen Namen: Edikte, Mandate, Patente, Ordonanzen, Constitutionen, Decisionen, Rescripte, Reglements, Provisorien u. s. w. ausgeflossen sind, nicht selten als Worte einer augenblicklichen Aufregung, höchst selten als Worte einer tiefen Einsicht in die bürgerlichen Verhältnisse, eines tiefen Studiums des Rechtes in seinen Gründen und seinem innern Zusammenhange, alle versehen mit dem Stempel fortdauernder Gültigkeit; denken wir uns hierzu die Zusätze, die Verzierungen und Verzerrungen, in den Folianten, Quartanten und zahlreichen Octavbänden der Practiker, samt dem neuen und neuesten Gerichtsbrauch; stellen wir überhaupt bildlich die Schilderung dar, welche schon Hieronimus de Cavallas und nach ihm Conring*), der große Conring, in den Worten gegeben hat: In caligine et obscuritate totum jus versatur, cum nulla sit opinio certa et verissima, quae non possit pluribus contrariis opinionibus

*) De origine jur. germ. cap. 34. p. m. 229.

contrariari. Et sic omnia negotia magis ex judicium arbitrio, quam ex certa juris dispositione terminantur et modo in uno eodemque negotio nunc pro actore, nunc pro reo sententia fertur, sine variatione juris atque facti, sed solum ex eo, quia his judicibus placet haec opinio et aliis displicet; — ja, entwerfen wir dieses Gemälde unsers bürgerlichen Rechts der Wahrheit treu, und geben wir dem Ganzen die Unterschrift: ignorantia juris semper nocet: — so ist es gefertiget, das Spottbild auf uns selbst. Der Gesetzgeber und Richter spricht aus diesem zu dem das jus certum fordernden Unterthan: »du mußt klüger und gelehrter seyn, als wir selbst! du sollst bestimmt und klar wissen und einsehen, was wie dir unbestimmt und unklar theils in fremden Sprachen, theils in unverständlichen teutschen Perioden, als Gesetz publicirt haben, wiewohl wir selbst nicht vermögen, dessen Sinn zu ergründen, und dir zu verdeutlichen!« Ja selbst das vollendetste Gesetzbuch vermag es nicht, den Richter und die Partei durch deren Anwendung des höchsten Fleißes gegen eine irrige Anwendung des Gesetzes auf das vorliegende factische Rechtsgeschäft so zu sichern, daß dieser Irrthum immer als culpa angesehen werden könnte! Daher des Neratius ewige Wahrheit für die Menschheit: facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit *); obschon dieses uns nicht hindert, durchgreifende Gesetze vorzustecken, sollten auch diese in einzelnen Fällen den Anschein der Unbilligkeit haben. Denn das Allgemeine soll der Gesetzgeber im Blick haben, nicht Einzelheiten. Ganz vermeiden kann es der Staat keineswegs, daß nicht der Einzelne in einzelnen Fällen dem Ganzen ein Opfer bringen müsse **).

---

*) L. 2. Dig. de juris et facti ignorantia.

**) L. 3. 4. 5. 6. 7. Dig. de legibus.